

**WYROK**  
**z dnia 24 listopada 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący:           Bartosz Stankiewicz  
  Monika Szymanowska  
  Ryszard Tetzlaff  
  
Protokolant:                 Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2023 r. przez wykonawcę BFF spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu przy ul. Dąbrowskiego 461 (60-451 Poznań) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe spółkę akcyjną Centrum Realizacji Inwestycji z siedzibą w Warszawie przy ul. Targowej 74 (03-734 Warszawa)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

Infra – Centrum Doradztwa spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Leszno 14 (01-192 Warszawa) oraz Infra-Projekt spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie przy ul. Szlak 31 lok 1 (31-153 Kraków), zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę BFF spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok –

w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....  
.....  
.....

**Sygn. akt:KIO 3361/23**

**Uzasadnienie**

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji z siedzibą w Warszawie zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp” pn.: *Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn. „Budowa połączenia kolejowego Kraków-Niepołomice” realizowanego w ramach programu uzupełniania lokalnej i regionalnej infrastruktury kolejowej – Kolej + do 2029 roku* o numerze referencyjnym: IREZA3.293.2.2023.b, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 kwietnia 2023 r. pod numerem: 2023/S 084-254783.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 9 listopada 2023 r. wykonawca BFF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań w postępowaniu dokonanych przez zamawiającego polegających na:

- wadliwej ocenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny wyborze i zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. Infra – Centrum Doradztwa Sp. z o.o. oraz Infra-Projekt sp. z o.o. (zwanego dalej jako: „Infra”) mimo, że wykonawca ten nie złożył wyjaśnień spełniających wymagań określonych w art. 224 Pzp, co w konsekwencji powodowało, że oferta Infra jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę i koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, naruszając tym również zasadę równego traktowania wykonawców, a także wskutek tego, że złożone

wyjaśnienia nie potwierdzają możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę;

- w konsekwencji powyższego wadliwym wyborze oferty Infra jako oferty najkorzystniejszej.

Zaskarżonym czynnościom zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1 Pzp przez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Infra mimo, że wykonawca ten nie złożył wyjaśnień spełniających wymagań określonych w art. 224 Pzp, co w konsekwencji powodowało, że oferta Infra jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę i koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, naruszając tym samym również zasadę równego traktowania wykonawców oraz mimo tego, że złożone wyjaśnienia nie potwierdzały możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę.

Z uwagi na powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

- powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

- odrzucenia oferty Infra na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp jako zawierającej rażąco niską cenę i koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący w kontekście interesu we wniesieniu odwołania wyjaśnił, że w wyniku badania i oceny ofert jego oferta uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert z łączną punktacją 72,5151730117 pkt. W przypadku uwzględnienia odwołania to jego oferta będzie najkorzystniejszą. Niewniesienie zaś odwołania i utrzymanie w mocy czynności wyboru najkorzystniejszej oferty spowoduje poniesienie przez odwołującego szkody. Utrata możliwości uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia postępowania poprzez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, a tym samym osiągnięcia przychodu i zysku z realizacji zamówienia, stanowi potencjalną szkodę odwołującego, uzasadniającą złożenie odwołania. Mając na uwadze powyższe odwołujący stwierdził, że niewątpliwie posiada interes we wniesieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołania, odwołujący w pierwszej kolejności zwrócił uwagę na zakresy wyjaśnień złożonych przez Infra oraz szereg nowych okoliczności, które pojawiały się w wyjaśnieniach z dnia 25 października 2023 r. (zwanych dalej jako: „Wyjaśnienia Rnc 2”), a które w żaden sposób nie były przedmiotem wyjaśnień z dnia 2 sierpnia 2023 r. (zwanych dalej jako: „Wyjaśnienia Rnc 1”). Zdaniem odwołującego podkreślenia wymagało, że Infra zamierza w znacznym stopniu posłużyć się podwykonawcami, a suma wartości ich prac wynosi ponad 61% wartości całej oferty. Co istotne, jak wynika z wyjaśnień, zarówno pod względem wartości prac, jak i ich zakresu i istotności, część powierzona podwykonawcom przez Infra będzie absolutnie kluczowa (ze względu na rodzaj wykonywanych przez nich prac, jak i ich wartość). Zakres prac podwykonawców obejmuje prace w kluczowych dla projektów kolejowych branż, takich jak np.: branża torowa, konstrukcyjno-budowlana, drogowa, teletechnika i SRK mostowa, geologia i środowisko. Oczywiście korzystanie w takim zakresie z podwykonawców nie jest zakazane lub niemożliwe. Nie zwalnia to jednak wykonawcy (bezpośrednio ubiegającego się

o zamówienie) z dokładnego wyjaśnienia ceny także w tych elementach, które wykonywać będą podwykonawcy. Przyjęcie odmiennego poglądu i wyjaśnienie tego zakresu jedynie podaną przez podwykonawcę ryczałtową cenę niwelowałoby sens wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Tymczasem, ta zasadnicza część kosztów jakimi są prace powierzone podwykonawcom, Infra najogólniej rzecz ujmując „wyjaśniła” ogólnymi ofertami od podwykonawców. W ofertach tych wskazano jedynie zakres prac oraz cenę ryczałtową za cały ten zakres. W efekcie dochodzi do „wyjaśnienia oferty poprzez ofertę”, co uniemożliwia weryfikację prawidłowości ceny oferowanej przez Infra. Ubocznie odwołujący wskazał, że na zagadnienie to zwracał uwagę w odwołaniu z dnia 22 września 2023 r. Zarzut ten jako ewentualny nie został rozpoznany, ale co ciekawe w odpowiedzi na odwołanie zamawiający, podnosił, że wyjaśnienia złożone przez Infra są kompletne i szczegółowe (także w zakresie prac zleconych podwykonawcom). Pomimo tego stanowiska, zamawiający wezwał Infra do kolejnych wyjaśnień. W Wezwaniu Rnc 2 zamawiający wskazał, że przedłożone przez wykonawcę oferty podwykonawcze przedstawione zostały jedynie ze wskazaniem na oferowany przez podwykonawcę zakres usług, bez szczegółowej kalkulacji kosztów.

W Wyjaśnieniach Rnc 2 Infra wskazała szereg nowych okoliczności i danych w zakresie prac zleconych podwykonawcom. W szczególności przedstawione zostały rozbieżności cenowe ofert podwykonawców, a także co istotne, przedstawiono zestawienie zaangażowania personelu podwykonawców oraz dane dotyczące kosztu jednostkowego (stawek rbh). Odwołujący zwrócił uwagę, że przy pierwszych wyjaśnieniach w tym zakresie Infra przedstawiła jedynie końcową cenę ryczałtową za cały zakres prac poszczególnych podwykonawców. Obecnie cena ta została rozbita ze wskazaniem wielu nowych danych – przyjętej pracochłonności, stawek za roboczogodzinę. Zupełnie nowe dane pojawiły się także w przedłożonych załącznikach do wyjaśnień – pismach / mailach od podwykonawców. Między innymi w przypadku prac zleconych Inż-Geo po raz pierwszy pojawiły się przyjęte założenia metrów bieżących wierceń i sondowań w przypadku prac terenowych czy zakładana ilość kompletów badań dla prac laboratoryjnych, a w przypadku Geo-Survey – założenia do wykonania mapy do celów projektowych KODGiK/PODGiK czy projektów podziałów nieruchomości. Jak więc wyraźnie widać, w Wyjaśnieniach Rnc 2 pojawiło się szereg nowych okoliczności i danych

służących wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny oferty Infra. Okoliczności te jednak nie mogą być brane pod uwagę przy badaniu ceny tej oferty, albowiem co do zasady niedopuszczalne jest ponowne wzywianie wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazał, że zastosowanie procedury z art. 224 ust. 1 Pzp tworzy domniemanie, że zaproponowana

w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a zatem dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wezwanym wykonawcy. Powstanie tego domniemania skutkuje tym, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień chcąc je obalić musi wykazać, iż zaofferowana przez niego cena i koszt nie zawierają rażąco niskiej ceny. W tym też celu wykonawca musi złożyć takie wyjaśnienia, które jednoznacznie wykażą, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę oraz załączyć potwierdzające to dowody. Stąd też w orzecznictwie utrwalił się już jednolity w tym zakresie pogląd, że owe wyjaśnienia muszą być konkretne, odpowiednio umotywowane i odnoszące się do danego zamówienia, jak również poparte dowodami. Odwołujący wskazał także, że sam zamawiający zwrócił wykonawcy uwagę na ten obowiązek w wezwaniu z 21 lipca 2023 r. Jest to istotne, ponieważ wezwany do wyjaśnień wykonawca musi je złożyć w możliwie wyczerpujący, szczegółowy sposób, tak by wykazać brak rażąco niskiej ceny w swojej ofercie. Ponowne wezwanie do wyjaśnień może służyć jedynie doprecyzowaniu pewnych kwestii, uszczegółowieniu zagadnień, a nie dawać szansę wykonawcy do poprawy swoich ogólnikowych wyjaśnień, a de facto składania nowych, ponieważ stanowiłoby to naruszenie zasady równego traktowania stron.

Odwołujący wyjaśnił, że w świetle orzecznictwa ponowne wezwanie oraz złożone

w odpowiedzi ponowne wyjaśnienia złożone przez Infra bezsprzecznie naruszały przepisy Pzp. W zakresie prac zleconych podwykonawcom, których wartość stanowi ponad 60% wartości całej oferty, i które dotyczą kluczowego zakresu zamówienia, Infra nie dokonała de facto żadnych wyjaśnień ceny przepisując jedynie zaofferowaną przez podwykonawców ryczałtową cenę za zlecony zakres prac. Tak ogólnikowe wyjaśnienia tak znacznej części winny prowadzić do odrzucenia oferty, a nie do kolejnej szansy dla wykonawcy na wytłumaczenie skalkulowanej ceny. Sam zamawiający miał świadomość ogólnikowości wyjaśnień Infra w tym zakresie, albowiem wskazał w Wezwaniu Rnc 2, że w Wyjaśnieniach Rnc 1 wykonawca ten złożył oferty podwykonawcze, z których wynikał jedynie zakres prac, a nie szczegółowa kalkulacja kosztów.

Zdaniem odwołującego w świetle powyższego Wyjaśnienia Rnc 2 Infra nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie czy zaofferowana przez tego wykonawcę cena nie jest rażąco niska. Przy ocenie tej należy wziąć pod uwagę jedynie Wyjaśnienia Rnc 1, które w żaden sposób nie wykazują, że zaofferowana cena nie jest rażąco niską.

[zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Infra w oparciu o Wyjaśnienia Rnc 1]

#### 1) cena oferty Infra a pozostałych wykonawców

Na wstępie odwołujący przypomniał, że zastosowanie procedury z art. 224 ust. 1 Pzp tworzy domniemanie, że zaofferowana cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a więc to na wezwanym wykonawcy spoczywa ciężar dowodu przeciwnego twierdzenia. Jak już wskazywano, a na co zwracał uwagę także zamawiający wzywając Infra do wyjaśnień (Wezwanie Rnc 1), domniemanie to skutkuje tym, że musi złożyć takie wyjaśnienia, które jednoznacznie wykażą, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę oraz załączyć potwierdzające to dowody. Stąd też w orzecznictwie utrwalił się już jednolity w tym zakresie pogląd, że owe wyjaśnienia muszą być konkretne, odpowiednio umotywowane i odnoszące się do danego zamówienia, jak również poparte dowodami. W ocenie odwołującego nie da się określić w ten sposób Wyjaśnień Rnc 1, które nie wykazały, że zaofferowana cena nie jest rażąco niską. W pierwszej kolejności odwołujący wskazał, że w postępowaniu złożonych zostało 6 ofert o następujących cenach (od najtańszej do najdroższej):

- Infra: 5.658.000 zł brutto,
- odwołujący: 7.802.505,00 zł brutto,
- Multiconsult Polska Sp. z o.o.: 7.843.648,50 zł brutto,
- TPF Sp. z o.o.: 9.340.620,00 zł brutto,
- Systra S.A.: 9.815.400 zł brutto,
- Konsorcjum Mosty Katowice Sp. z o.o. i Arcadis Sp. z o.o.: 11.329.530,00 zł brutto.

Jednocześnie zamawiający przewidział na sfinansowanie zamówienia (ale jedynie

w zakresie podstawowym) kwotę 13.956.275,00 zł brutto. Powyższe oznacza, że porównując cenę oferty Infra do kolejnej oferty (odwołującego) widać, że jest ona tańsza o ponad 2,1 mln zł tj. o 27,5% i jest tańsza od średniej wszystkich ofert aż o 34,5%. Jednocześnie cena oferty Infra w zakresie zamówienia podstawowego (4.634.025 zł brutto) jest niższa od ponad 66,8% (!!!) od wartości szacunkowej zamówienia podstawowego (przyjmując założenie, że wartość szacunkowa powiększona o VAT jest równa kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia). Powyższe zestawienie pokazuje jak istotnie odbiega cena oferty Infra od innych ofert i założeń zamawiającego. To też pokazuje, że oferta tego wykonawcy powinna być szczególnie dobrze wyjaśniona i zbadana pod kątem realności ceny. Tak bowiem

istotne różnice mogą świadczyć o nierzetelności tej oferty i błędach w przyjętych założeniach kosztowych.

## 2) udział podwykonawców w realizacji zamówienia

W tym zakresie odwołujący przede wszystkim zdecydował się powtórzyć, że wybrany wykonawca przyjął pewną określoną metodykę Wyjaśnień RNC, która w tym przypadku powoduje, że jego wyjaśnienia są wysoce niewystarczające. Jak już wskazał odwołujący metodyka ta polega na tym, że zasadnicza część kosztów (część prac zleconych podwykonawcom) została „wyjaśniona” ogólnymi ofertami. W efekcie dochodzi do „wyjaśnienia oferty poprzez ofertę”. Taki sposób w żaden sposób nie pozwala na weryfikację prawidłowości ceny zaoferowanej przez Infra. W tym miejscu odwołujący przypomniał, że cena zaoferowana przez Infra wynosi 5.658.000,00 zł brutto. Wykonawca powinien był zatem wyjaśnić w jaki sposób ta cena została skalkulowana. Jak wynika z Wyjaśnień Rnc 1, Infra zamierza w znacznym stopniu posłużyć się podwykonawcami, a suma wartości ich prac wynosi 3.475.758,60 zł brutto, a więc ponad 61% wartości całej oferty. Zdaniem odwołującego kluczowe w powyższym zakresie są oferty: Biura Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o. (dalej: „BPK”), YLE Inżynierowie Sp. z o.o. (dalej: „YLE”), INŻ-GEO Badania Roboty Geotechniczne (dalej: „INŻ-GEO”) i Asanga Pracownia Analiz Środowiskowych (dalej: „Asanga”), albowiem ich przedmiot dotyczy istoty zamówienia.

Odwołujący przypomniał, że istotą zamówienia jest wykonanie prac projektowych, których należyte wykonanie w dużym stopniu zależy także od właściwych badań geologicznych, jak i odpowiednich analiz środowiskowych. Tu kluczowe elementy zamówienia realizowane będą w przeważającej mierze przez podwykonawców, w tym: BPK, YLE, INŻ-GEO i Asanga. Dokładny opis tych kluczowych elementów zamówienia jakie mają wykonywać podwykonawcy zawierają Wyjaśnienia Rnc 1 w Tabeli nr 5. Stopień zaangażowania podwykonawców w realizacji zamówienia pokazuje też zawarte w Wyjaśnieniach Rnc 1 w tabeli nr 6 Zestawienie personelu wykonawcy. Powyższe pokazuje jak istotną część zamówienia i kluczową dla prawidłowości celu zamówienia wykonywać będą podwykonawcy. Powyższe odnosi się zarówno do wartości prac podwykonawców (ponad 60% całej ceny), jak i zakresu ich prac, w tym kluczowych branż (takich jak np.: branża torowa, konstrukcyjno-budowlana, drogowa, teletechnika i SRK mostowa, geologia i środowisko). Co ważne te branże są kluczowe w projektach kolejowych i nie stanowią elementów ubocznych, ale podstawowe.

## 3) treść Wyjaśnień Rnc 2

Odwołujący wskazał, że Infra wyjaśniając tak znaczną część ceny, która odpowiada zakresowi zamówienia realizowanemu przez podwykonawców, poprzestała jedynie na złożeniu ofert tychże podwykonawców (w tym w szczególności kluczowych, tj.: BPK, YLE, GEO-INŻ, Asanga). Samo w sobie nie stanowiłoby to problemu, gdyby owe oferty były na tyle szczegółowe, aby możliwe było dokonanie ich oceny pod kątem realności zaproponowanej ceny względnie, gdyby Infra samodzielnie dokonała takiej weryfikacji i opisała to w Wyjaśnieniach Rnc 1. W tej sprawie tak się nie stało, albowiem Infra wyjaśniając zasadniczą część kosztów poprzestała na przedłożeniu ofert ww. podwykonawców. Co kluczowe dla sprawy, oferty podwykonawców zasadniczo zawierają jedynie opis tego co obejmuje oferta (jakie prace i jaka kadra zostanie oddelegowana do realizacji prac) oraz cenę. Oferty te natomiast nie zawierają podstawowych danych kalkulacyjnych, takich jak:

- szczegółowe wskazanie poszczególnych czynności do wykonania (a nie jedynie powtórzony ogólny opis prac),
- wskazanie czasochłonności poszczególnych prac,
- wskazanie ilości i rodzaju kadry delegowanej do pracy wraz z ich zaangażowaniem czasowym,
- koszty pracy (w tym przede wszystkim wynagrodzeń kadry delegowanej do wykonania zamówienia), - pozostałe koszty realizacji prac.

Tymczasem tylko takie pozwalają na zweryfikowanie poprawności wyceny prac podwykonawców. W tym miejscu odwołujący zauważył, że w Wyjaśnieniach Rnc 1 takie dane jak wyżej opisane znalazły się, ale tylko w odniesieniu do zakresu prac wykonywanego samodzielnie przez Infra. Natomiast w odniesieniu do zakresu prac wykonywanych przez podwykonawców podkreślenia wymaga, że w tabeli nr 9, która zawiera zestawienie zaangażowania personelu wykonawcy oraz podwykonawców w realizację projektu w ramach Fazy I Infra celowo pozostawiła „puste” miejsca w rubrykach dotyczących zakładanej pracochłonności i wynagrodzenia personelu podwykonawców. Reasumując powyższe Infra wyjaśnia cenę oferty (jej zasadniczą część) ceną innej oferty. Tego rodzaju działanie jest niedopuszczalne, albowiem de facto stanowi próbę obejścia konieczności szczegółowego wyjaśnienia elementów kosztotwórczych składających się na cenę ofertową. Gdyby przyjął odmienną tezę prowadziłoby to do istotnych nadużyć, albowiem wykonawcy samodzielnie realizujący zamówienie musieliby szczegółowo wyjaśniać swoją cenę i wszystkie elementy mające wpływ na cenę, tymczasem ci posługujący się podwykonawcami niejako „zasłaniałoby” się ich ofertami. Taki zakaz potwierdza jednoznacznie orzecznictwo KIO. Odwołujący zwrócił szczególną uwagę na wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2023 r. (sygn. akt KIO 2129/23), gdzie lider obecnego konsorcjum Infra wnosił odwołanie na czynność odrzucenia ich oferty z uwagi na rażąco niską cenę w innym postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego. Lider obecnego konsorcjum Infra również w tamtym postępowaniu wyjaśniał zaoferowaną cenę ofertami

podwykonawców, bez dokonania jakiegokolwiek rozbicia cenowego i bez wskazania m.in. pracochłonności czy stawek personelu podwykonawczego. Zamawiający odrzucił tę ofertę, co zaskarżył lider obecnego Konsorcjum Infra. Odwołanie zostało oddalone. Odwołujący zwrócił uwagę, że ten sam zamawiający w analogicznym stanie faktycznym uznał, że wyjaśnianie oferty za pomocą ogólnikowych (a więc niezawierających rozbicia cenowego) ofert podwykonawców jest niedozwolone i niemożliwe jest już ponowne wezwanie lidera obecnego Konsorcjum Infra do kolejnych wyjaśnień, a KIO potwierdziło słuszność tego rozumowania. Tym bardziej niezrozumiałe jest postępowanie zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Co istotne, oferta Infra została również odrzucona z tego samego powodu w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez zamawiającego pn. *Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla projektu pn. „Rewitalizacja kolejowego ciągu komunikacyjnego na liniach kolejowych nr 390/236 Czarnków – Rogoźno – Wągrowiec” realizowanego w ramach Programu Uzupelnienia Lokalnej i Regionalnej Infrastruktury Kolejowej – Kolej + do 2029 roku*. Infra zdecydowała się nie zaskarżać tej decyzji zamawiającego.

Ponadto według zamawiającego zauważenia wymaga to, że wyjaśnienia RNC służą weryfikacji tego czy przy założonych kosztach pracy wykonawca jest w stanie w sposób należyty wykonać przedmiot zamówienia. Tymczasem wykonanie przedmiotu zamówienia zależne jest także od tego czy prawidłowo została skalkulowana cena podwykonawców i czy cena ta gwarantuje możliwość wykonania przez nich powierzonych im części zamówienia. Oczywiście jest bowiem, że nienależyte wykonanie prac przez podwykonawców ma wpływ na całe zamówienie, szczególnie gdy realizują oni niejako podstawowe prace. Z tych powodów nie jest możliwe wyjaśnianie ceny oferty poprzez przekładania lakonicznych ofert podwykonawców. Powyższe braki w Wyjaśnieniach Rnc 1 powodują, że w żaden sposób nie można uznać, aby wyjaśniały one zaoferowaną cenę (zważywszy szczególnie na bardzo duże różnice wobec cen innych wykonawców oraz szacunki zamawiającego). Co więcej tego rodzaju wyjaśnienia pomijające de facto większą część prac i kosztów nie obaliły też domniemania ceny.

[potwierdzenie rażąco niskiej ceny w Wyjaśnieniach Rnc 2]

#### 1) kwestie wstępne

Odwołujący wyjaśnił, że niezależnie od tego, że już w oparciu o wyżej opisane kwestie oferta Infra powinna zostać odrzucona jako zawierająca niską cenę bez analizy Wyjaśnień Rnc 2, to także analiza tychże prowadzi do wniosku, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę,

a Wyjaśnienia Rnc 2 nie wykazały, aby możliwe było wykonanie zamówienia za zaoferowaną kwotę.

#### 2) brak wyjaśnienia kosztów prac przypisanych do podwykonawcy YLE

Zdaniem odwołującego przede wszystkim w dalszym ciągu nie zostały wyjaśniona kwestia właściwej wyceny prac podwykonawcy YLE. Dla przypomnienia należy wskazać, że: i) koszt tych prac to kwota 568.600,00 zł, co stanowi ok. 12% wartości oferty, ii) są to istotne

z punktu widzenia prawidłowej realizacji zamówienia prace, albowiem dotyczą one branż obiektów inżynierskich. Już sam ten fakt dezawuuje ofertę Infra. Niewątpliwie bowiem istotne dla realizacji zamówienia są obiekty inżynierskie (w szczególności mosty i wiadukty).

#### 3) brak wyjaśnienia kosztów prac z zakresu geologii i geotechniki

Odwołujący wyjaśnił, że przede wszystkim jednak kluczowe zaniżenia występują wycenie prac w zakresie opracowania dokumentacji geotechnicznej i geologiczno-inżynierskiej oraz dokumentacji hydrologicznej (co odpowiada opisowi zadań z pkt 4.3.9 OPZ). W pierwszej kolejności odwołujący zauważył to, że Wyjaśnienia Rnc 2 nie odpowiadają we właściwy sposób na Wezwanie Rnc 2. Zdaniem odwołującego, zamawiający oczekiwał uszczegółowienia wyjaśnień w zakresie wycen (ofert) podwykonawców m.in. w zakresie geologii i geotechniki i to zgodnie z założeniami OPZ i zapisami instrukcji lgo-1 z podziałem na asortymenty badań na: terenowe, laboratoryjne i geofizyczne. Tymczasem całe Wyjaśnienie Rnc 2 (w zakresie geologii i geotechniki) sprowadza się do tabeli zawartej

w piśmie Inż-Geo z dnia 18 października 2023 r.

Zdaniem odwołującego poziom ogólnikowości jest znaczny i:

- po pierwsze, nie wyspecyfikowano, wbrew literalnemu żądaniu zamawiającego kosztów badań klasyfikacyjnych, wliczając je (nie wiadomo w jakiej ilości i w jakiej cenie) do wartości prac terenowych, choć te badania nie są pracami terenowymi, nie wyspecyfikowano także badań agresywności wody względem betonu i stali,
- po drugie, powyższa tabela jest jedynie podziałem kwoty 235.720,00 zł netto, na poszczególne czynności (i to bez wyodrębnienia takich istotnych elementów jak: badania klasyfikacyjne, badania agresywności wody względem betonu i stali sondowania, wiercenia rurowane, itp.), a nie wyjaśnieniem jak zbudowana została ta cena,
- po trzecie, nie wiadomo ile ma być wierceń i ile sondowań (a to jest kluczowe z punktu widzenia wytycznych zawartych w tzw. Instrukcji lgo-1); Infra (a zasadniczo jej podwykonawca) podała jedynie ilość mb (metrów bieżących), ale w związku z tym, że

w zależności od warunków terenowych i geologicznych głębokość wierceń może być różna (od 3 do nawet do 20 mb lub więcej) to nie pozwala to na ustalenie ilości wierceń; to z kolei jest kluczowy parametr dla ustalenia kosztów prac

terenowych, szczególnie w świetle Instrukcji Igo-1, która w zależności od kategoryzacji warunków gruntowo-wodnych (proste, złożone, skomplikowane) wymaga określonej ilości wierceń która dla samej linii kolejowej (bez obiektów) może się wahać w przedziale od 20 do 120 otworów na kilometr,

- w konsekwencji podania jedynie mb wierceń i sondowań w żaden sposób nie da się ustalić jak te dane mają się do tzw. Instrukcji Igo-1; tymczasem Zamawiający wprost w Wezwaniu do wyjaśnień nr 2 oczekiwał odniesienia się do tej Instrukcji,

- po czwarte, nie wiadomo jakie założenia legły u podstaw przyjęcia, że będzie akurat ok. 2.000 mb wierceń i sondowań; w Wyjaśnieniach Rnc 2 nie ma żadnej metodyki wyliczenia tej wartości, co oznacza, że równie dobrze Infra mogła podać jakąkolwiek inną wartość,

- po piąte, jak wynika z oferty Inż-Geo z dnia 13 czerwca 2023 r. (załączonej do Wyjaśnień Rnc 1) w ramach ceny zaferowanej Infrze, cena ta obejmuje także zapewnienie specjalisty ds. geologii i specjalisty ds. geotechniki na czas realizacji zadania, tymczasem Wyjaśnienia Rnc 2 całkowicie pomijają tę kwestię i koszt, a zatem nie wiadomo, czy został on pominięty

w tych dodatkowych wyjaśnieniach czy wliczony, a jeżeli tak to w jaki sposób.

W świetle powyższego, odwołujący stwierdził, że trudno uznać Wyjaśnienia Rnc 2 za szczegółowe czego niewątpliwie oczekiwał zamawiający.

#### 4) zaniżenie kosztów prac z zakresu geologii i geotechniki

Niezależnie od powyższego odwołujący kwestionował Wyjaśnienia Rnc 2 w zakresie kosztów geologii i geotechniki, w szczególności w zakresie podanej ilości ok. 2.000 mb wierceń i sondowań oraz ilości badań laboratoryjnych. Pierwsza wartość jest zaniżona co najmniej 2,5 krotnie i to przy założeniu nierealnie optymistycznych założeń co do jakości i rodzaju gruntów i innych warunków terenowych. Druga, jest zaniżona wręcz kilkunastokrotnie. Dodatkowo podane ilości nie spełniają minimalnych wymagań Instrukcji Igo-1, co z automatu powinno decydować o odrzuceniu Wyjaśnień Rnc 2. Zgodnie

z postanowieniem punktu 4.3.9 OPZ (ss. 48-51) wykonawca ma wykonać badania zgodni

z pkt 1 pt. Wymagania ogólne. Punktem wyjścia dla ustalenia ilości wierceń i sondowań jest ustalenie kategorii warunków gruntowych. W tym zakresie istotny jest § 4 Rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 kwietnia 2012 r.

w sprawie ustalania geotechnicznych warunków posadawiania obiektów budowlanych (Dz. U. 2012, poz. 463) (dalej: „Rozporządzenie ws. geotechnicznych warunków”). Jak wynika

z dokumentu pt. „Wstępne Studium Planistyczno-Prognostyczne w ramach II etapu naboru do Programu Uzupelniania Lokalnej i Regionalnej Infrastruktury Kolejowej – Kolej+ do 2028 roku dla projektu pn. „Budowa połączenia kolejowego Kraków – Niepołomice. Etap I – Pozyskanie danych i zdefiniowanie wariantów infrastruktury” (stanowiący załącznik nr 2 do OPZ (dalej: „WSPP Kraków – Niepołomice Etap 1”) na odcinku objętym niniejszym zamówieniem mamy do czynienia w ok. 96% ze skomplikowanymi warunkami gruntowymi

w rozumieniu cyt. wyżej rozporządzenia (por. Tabela 13 ss. 26-27 WSPP Kraków Niepołomice Etap I). Tylko 200 m (pomiędzy 3,260 a 3,460) ma proste warunki gruntowe. Skomplikowane warunki gruntowe potwierdza także Szczegółowa Mapa Geologiczna Polski, z której niezbitnie wynika, że w tym regionie występują grunty typowo rzeczne (mady) oraz grunty organiczne, a także że przedmiotowa inwestycja prawie w całości znajduje się

w dolinie rzecznej (rzeki Wisła) co zgodnie z przywołanym powyżej rozporządzeniem umieszcza inwestycje w skomplikowanych warunkach gruntowych. W tym miejscu odwołujący odniósł się do pkt 4.3.9 OPZ (ostatni akapit tego punktu). Powyższe mają kluczowe znaczenie dla ustalenia ilości niezbędnych wierceń i sondowań, zgodnie bowiem

z Instrukcją Igo-w przypadku skomplikowanych warunków gruntowych niezbędne jest wykonywanie wierceń odpowiednio (§ 16 Instrukcji Igo-1).

Odwołujący powołując się na powyższe wskazał, że minimalna głębokość wiercenia to 3

m (zgodnie z ww. pkt 17a lub 2 m poniżej projektowanej niwelety (§ 16 pkt 16 Instrukcji Igo-1). Odnosząc się z kolei do głębokości wierceń obiektów inżynierskich, z uwagi na brak danych projektowanych, zastosowanie znajdzie § 16 pkt 22a Instrukcji Igo-1. Ponadto jak wyliczył odwołujący w sumie dokumentacja dotyczy łącznie 7,366 km linii (0,9 km dla LK 95, 5,802 km dla nowoprojektowanej linii i 0,664838 km dla łącznicy), w tym 13 przepustów

i 5 wiaduktów kolejowych. Powyższe oznacza, że przy przyjęciu najkorzystniejszy założeń, że do wykonania dla samych linii kolejowych jest 860 wierceń sumie 2580 mb. Z kolei przy przyjęciu najkorzystniejszy założeń, do wykonania dla obiektów jest 69 wierceń o sumie 684 mb. Dalej niezbędne jest ustalenie ilości i mb sondowań. W konsekwencji wychodząc od wyżej ustalonych ilości wierceń otrzymujemy ilość sondowań 467 oraz ich mb (1.638). Powyższe oznacza, że łączna ilość mb wierceń i sondowań do wykonania wynosi nie ok. 2.000 mb jak podał Inż-Geo, a co najmniej 4.914 mb. W tym miejscu odwołujący raz jeszcze podkreślił, że na potrzeby odwołania przyjął głębokości wierceń przy założeniu możliwie najmniejszej ich głębokości, która jest nader optymistycznym założeniem uwzględniając m.in.

informacje z pkt 4.3.9 OPZ. Tymczasem z cytowanego już § 16 pkt 17 Instrukcji Igo-1 wynika, że wiercenia będą musiały być głębsze, albowiem tzw. spąg to dolna powierzchnia wskazanych w zdaniu drugim rodzaju gruntów. Zatem przykładowo w przypadku, gdy grunt organiczny będzie do głębokości 2 m to poziom wiercenia musi zejść o co najmniej 2

m poniżej poziomu tego gruntu organicznego (i w wtedy głębokość wiercenia nie wynosi już 3 m, ale 5 m). Podobnie jest w przypadku wierceń w zakresie obiektów, które w zależności od rodzaju gruntu mogą być dużo większe niż określone jako minimalne w § 16 pkt 22a Instrukcji Igo-1. Zdaniem odwołującego przyjęta przez Inż-Geo (a w konsekwencji i Infra) ilość wierceń i sondowań (ok. 2.000 mb) jest istotnie zaniżona względem minimalnej (4.914 mb), bo aż o 2.914 mb. Przyjmując zatem nawet wątpliwą średnią cenę za mb wiercenia z oferty Inż-Geo 93,16 zł netto (186.320,00 zł / 2.000 mb) otrzymujemy zaniżenie na poziomie 271.468,24 zł netto (93.16 zł x 2.914 mb).

Kolejnym elementem oczywistego wręcz zaniżenia jest – zdaniem odwołującego – kwestia badań laboratoryjnych. W ocenie odwołującego samych badań wytrzymałościowych jest do wykonania blisko 14-krotnie więcej niż założył Inż-Geo (82 do 6). To przy przyjęciu kosztu jednego badania (wraz z poborem próbki) z oferty Inż-Geo wynoszącego 3.800,00 zł za jeden kpl (22.800,00 zł / 6) oznacza kolejne zaniżenie na poziomie 288.800,00 zł netto (76 x 3.800 zł). Dodatkowo poważne wątpliwości budzi kwestia badań klasyfikacyjnych, które nie zostały osobno wycenione, ani wyliczone wbrew jednoznaczному oczekiwaniu zamawiającego. W związku z tym można przyjąć założenie, że podobnie jak badania wytrzymałościowe zostały one zaniżone ok. 14-krotnie. Koszt jednego takiego badania wynosi ok. 150 zł netto, a więc przy 589 badaniach koszt łączny to 88.350,00 zł netto. Przyjmując, że Inż-Geo uwzględniło 1/14 ilości tych badań oznacza, że w koszcie wierceń

i sondowań uwzględniono koszt badań klasyfikacyjnych na poziomie jedynie 6.310,74 zł netto. W konsekwencji kolejne zaniżenie wynosi 82.039,26 zł netto. Podsumowując odwołujący stwierdził, że koszty przyjęte przez Infra w ofercie są zaniżone o aż kwotę 642.0307,50 zł netto – (i) 271.468,24 zł netto koszt wierceń i sondowań, (ii) 288.800,00 zł netto koszt badań wytrzymałościowych, (iii) 82.039,26 zł netto koszt badań klasyfikacyjnych). Tymczasem jak wynika z Wyjaśnień Rnc 1 zysk jaki przewidziała Infra na tym zadaniu

w części podstawowej (bo do tej części odnoszą się prace z zakresu geologii i geotechniki) to kwota 266.630 zł. Jak widać zaniżenie kosztów przekracza ów zysk o kwotę ponad 375 tys. zł, co powoduje niemożliwość realizację zamówienia za założoną kwotę. Odwołujący podkreślił przy tym, że powyższe wyliczenia zostały dokonane w oparciu o metodykę przyjętą przez Infra. Tymczasem wyliczenia własne odwołującego, uwzględniające wszystkie wymogi OPZ, Instrukcji Igo-1 oraz przepisów prawa i standardów branżowych wskazują na to, że zaniżenie kosztów przyjętych przez Infra jest znacznie większe niż wyliczone w sposób wyżej opisany i sięga ok 1 mln zł.

Podsumowując powyższe rozważania odwołujący wskazał w punktach co następuje:

- brak było podstaw do kierowanie do Infra Wezwania nr 2 (kolejnego wezwania do wyjaśnienia ceny), albowiem zmierzało ono nie do dodatkowego wyjaśnienia treści Wyjaśnień Rnc 1 (czyli pierwszych wyjaśnień ws. ceny złożonych przez Infra), a zmierzało do ich uzupełnienia o całkowicie nowe treści pominięte w tychże wyjaśnieniach,
- Wezwanie nr 2 narusza podstawowe zasady Pzp, w tym równego traktowania stron oraz uczciwej konkurencji,
- Infra w Wyjaśnieniach Rnc 2 zawarła całkowicie nowe treści pominięte w Wyjaśnieniach Rnc 1, a dotyczące szczegółowej wyceny wszystkich elementów kosztowych, w tym przede wszystkim zakresu prac przypisanych kluczowym podwykonawcom (w szczególności przyjętych założeń co do czasochłonności zamówienia, stawek rbh, itp.),
- w konsekwencji ofertę Infra w kontekście rażąco niskiej ceny należy oceniać tylko przy uwzględnieniu Wyjaśnień Rnc 1,
- Wyjaśnienia Rnc 1 nie potwierdzają możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną ceną, albowiem pomijają wskazanie sposobu przyjęcia kosztów dla prac przypisanych kluczowym podwykonawcom (kluczowym zarówno z powodu zakresu przypisanych im prac, jak i ich udziału w całym zamówieniu),
- Wyjaśnienia Rnc 1 w znacznej części i kluczowej dla realizacji zamówienia sprowadzają się do wyjaśnienia ceny ofertowej poprzez ryczałtowe ceny podwykonawców; inaczej rzecz ujmując jest tłumaczenie ceny oferty przez oferty podwykonawców;
- także Wyjaśnienia Rnc 2 (czyli dodatkowe wyjaśnienia Infra ws. ceny) nie zawierają informacji pozwalających na uznanie, że cena ofertowa umożliwia należyte wykonanie zamówienia;
- Wyjaśnienia Rnc 2 pomijają kluczowe prace podwykonawcy YLE,
- Wyjaśnienia Rnc 2 a nie odpowiadają w pełni na treść Wezwania nr 2,
- Wyjaśnienia Rnc 2 są nierzetelne i nie odpowiadają rzeczywistym ilościom niezbędnych badań terenowych (wierceń i sondowań) zaniżając je co najmniej 2,5 krotnie, a także niezbędnym ilościom badań laboratoryjnych zaniżając je co najmniej 14 krotnie,
- koszty przyjęte przez Infra w ofercie są zaniżone co najmniej aż o kwotę 642.0307,50 zł netto, przy wskazanym w Wyjaśnieniach Rnc 1 zysku na poziomie 266.630 zł,

- rzeczywiste (a więc nie oparte na skrajnie optymistycznych założeniach) zaniżenie oferty Infra wynosi co najmniej 1 mln zł.

Odwołujący stwierdził, że niewątpliwie zatem oferta Infra zawiera rażąco niską cenę, albowiem opiera się na całkowicie nieadekwatnych do przedmiotu zamówienia szacunkach i ofercie Inż-Geo, w dodatku niespełniających podstawowych wytycznych zamawiającego.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego w po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Infra – Centrum Doradztwa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Infra-Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, natomiast po stronie odwołującego wykonawca TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 21 listopada 2023 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie w ramach, której wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezpodstawnego.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający przedstawił uzasadnienie dla powyżej wskazanego wniosku.

Podobnie tego samego dnia tj. 21 listopada 2023 r. także wykonawca zgłaszający przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego złożył do akt sprawy pismo procesowe zawierające argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Infra – Centrum Doradztwa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Infra-Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (zwanych dalej jako: „przystępujący”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba uznała za nieskuteczne przystąpienie zgłoszone po stronie odwołującego przez wykonawcę TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Na wstępie należało wskazać, że zamawiający wniósł opozycję wobec przystąpienia ww. wykonawcy. Zamawiający wyjaśnił, że oferta wykonawcy TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie została odrzucona przy okazji pierwszej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. 12 września 2023 r. i czynność ta nie została unieważniona przez zamawiającego. Ponadto zamawiający stwierdził, że ww. wykonawca nie kwestionował czynności odrzucenia oferty poprzez wniesienie środka ochrony prawnej w związku z tym stała się ona ostateczna. Tym samym zamawiający wskazał, że wykonawca TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie utracił status wykonawcy przez co nie miał interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego.

Izba uwzględniła opozycję zgłoszoną przez zamawiającego wobec przystąpienia wykonawcy TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Jak ustalili skład orzekający, argumentacja zamawiającego znalazła potwierdzenie w dokumentacji postępowania tj. oferta wykonawcy TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, została odrzucona w dniu 12 września 2023 r. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, a czynność ta nie była kwestionowana przez tego wykonawcę w drodze wniesienia środka ochrony prawnej.

Skład orzekający uznał, że pojęcie interesu wykonawcy w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje ma szerszy zakres przedmiotowy, niż wskazane w art. 505 ust. 1 Pzp pojęcie interesu w uzyskaniu zamówienia, jednak nie jest ono nieograniczone. Zgodnie z art. 2a ust. 2 zd. 2 dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady

z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych *Oferentów uważa się za zainteresowanych, jeśli nie zostali jeszcze ostatecznie wykluczeni. Wykluczenie ma charakter ostateczny, jeśli zainteresowani oferenci zostali o nim powiadomieni i jeżeli zostało ono uznane za zgodne z prawem przez niezależny organ odwoławczy lub nie może już podlegać procedurze odwołania.*

Ponadto wykonawca TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia wskazał, że w wyniku ponownej oceny ofert przedmiotowe postępowanie może zostać unieważnione i przez to miał on interes w możliwości złożenia oferty w kolejnym postępowaniu. Tym samym ww. wykonawca upatrywał swojego interesu w unieważnieniu postępowania, a następnie jego powtórzeniu. Warto przypomnieć, że odwołanie nie zmierzało do unieważnienia postępowania (zarzuty w tym zakresie nie zostały podniesione), zatem wyjaśnienie ww. wykonawcy w zakresie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego pozostawało w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami odwołującego.

W związku z powyższym skład orzekający nie dopatrył się korzyści, jaką wykonawca TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie miałby odnieść z uzyskania rozstrzygnięcia w postępowaniu na korzyść odwołującego.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 21 listopada 2023 r., w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal: „SWZ”) wraz z załącznikami;
- wezwanie z dnia 21 lipca 2023 r. skierowane do przystępującego na podstawie art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 Pzp;
- wyjaśnienia z dnia 2 sierpnia 2023 r. wraz z załącznikami, złożone przez przystępującego

w odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie;

- wezwanie z dnia 19 października 2023 r. skierowane do przystępującego na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp;
- wyjaśnienia z dnia 25 października 2023 r. wraz z załącznikami, złożone przez przystępującego w odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie;

- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 30 października 2023 r.;

2) dokumenty załączone do odwołania:

- uzasadnienia odrzucenia oferty lidera obecnego konsorcjum Infra tj. INFRA – Centrum Doradztwa Sp. z o.o. w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez PKP PLK S.A. pn. *Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu „Budowa nowej linii kolejowej Turek – Konin” realizowanego w ramach Programu Uzupelnienia Lokalnej i Regionalnej Infrastruktury Kolejowej – Kolej + do 2029 roku;*

- odwołania lidera obecnego konsorcjum Infra tj. INFRA – Centrum Doradztwa Sp. z o.o. od czynności odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez PKP PLK S.A. pn. *Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu „Budowa nowej linii kolejowej Turek – Konin” realizowanego w ramach Programu Uzupelnienia Lokalnej i Regionalnej Infrastruktury Kolejowej – Kolej + do 2029 roku;*

- odpowiedzi zamawiającego na odwołanie lidera obecnego konsorcjum Infra tj. INFRA – Centrum Doradztwa Sp. z o.o. na czynność odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez PKP PLK S.A. pn. *Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z kolejowej Turek – Konin” realizowanego w ramach Programu Uzupelnienia Lokalnej i Regionalnej Infrastruktury Kolejowej – Kolej + do 2029 roku;*

- wyroku Izby wydanego w sprawie KIO 2129/23;

- uzasadnienia odrzucenia oferty lidera obecnego konsorcjum Infra tj. INFRA – Centrum Doradztwa Sp. z o.o. w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez PKP PLK S.A. pn. *Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla projektu pn. „Revitalizacja kolejowego ciągu komunikacyjnego na liniach kolejowych nr 390/236 Czarnków – Rogoźno – Wągrowiec” realizowanego w ramach Programu Uzupelnienia Lokalnej i Regionalnej Infrastruktury Kolejowej – Kolej + do 2029 roku;*

3) dokumenty załączone do pisma procesowego przystępującego:

- wezwanie z dnia 18 kwietnia 2023 r. (nr PZ.292.162.2023) skierowane do lidera obecnego konsorcjum Infra tj. INFRA – Centrum Doradztwa Sp. z o.o. w celu złożenia wyjaśnień

w zakresie rażąco niskiej ceny w postępowaniu pn. *Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu „Budowa nowej linii kolejowej Turek – Konin” realizowanego w ramach Programu Uzupelnienia Lokalnej i Regionalnej Infrastruktury Kolejowej – Kolej + do 2029 roku;*

- wezwanie z dnia 13 lipca 2023 r. (IREZA1.292.4.2023.m.18) skierowane do wykonawcy konsorcjum INFRA – Centrum Doradztwa Sp. z o.o. i YLE Inżynierowie Sp. z o.o. w celu złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w postępowaniu pn. *Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn.: „Budowa odcinka linii kolejowej od stacji Modlin do Mazowieckiego Portu Lotniczego (MPL) Warszawa/Modlin oraz budowa stacji kolejowej Mazowiecki Port Lotniczy (MPL) Warszawa/Modlin;*

- wezwanie z dnia 8 sierpnia 2023 r. (IREZA1.292.2.2023.o.13) skierowane do wykonawcy INFRA – Centrum Doradztwa Sp. z o.o. w celu złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w postępowaniu pn. *Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn.: „Revitalizacja połączenia Chełm – Włodawa*

wraz

z poprawą dostępności transportu kolejowego w m. Włodawa” realizowanego w ramach Programu Uzupelniania Lokalnej i Regionalnej Infrastruktury Kolejowej Kolej + do 2029 roku;

4) dokumenty złożone na posiedzeniu niejawnym przez odwołującego:

- wezwanie konsorcjum INFRA do dodatkowych wyjaśnień w zakresie ceny w postępowaniu *Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn.: Budowa połączenia kolejowego Kraków – Myślenice* realizowanego w ramach Programu Uzupelniania Lokalnej i Regionalnej Infrastruktury Kolejowej – Kolej + do 2029 roku;

- dodatkowe wyjaśnienia konsorcjum INFRA w ww. postępowaniu;

- załącznik do dodatkowych wyjaśnień ceny konsorcjum INFRA – wycena prac geologicznych i geotechnicznych;

- informację o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty konsorcjum INFRA w ww. postępowaniu

5) dokument złożony na posiedzeniu niejawnym przez przystępującego tj. pismo podwykonawcy INŻ-GEO.

Izba oddaliła zgłoszony przez odwołującego wniosek dowodowy z opinii biegłego sądowego z zakresu geologii i geotechniki na okoliczność ustalenia:

i) ilości niezbędnych badań terenowych, w tym wierceń oraz sondowań (z ustalaniem ich ilości oraz mb),

ii) rodzaju i ilości niezbędnych badań laboratoryjnych,

a to przy uwzględnieniu dokumentacji zamówienia i obowiązujących przepisów prawa oraz wytycznych zamawiającego.

W ocenie składu orzekającego przedmiotowy dowód w okolicznościach tej sprawy należało uznać jako powołany jedynie dla zwłoki. W tym kontekście Izba stwierdziła, że odwołanie odnosiło się do zagadnienia rażąco niskiej ceny, stąd też kluczowe znaczenie miały dokumenty związane z postępowaniem, czyli przede wszystkim wezwania skierowane do przystępującego oraz złożone przez niego wyjaśnienia. Ocena tych dokumentów przez pryzmat podniesionych zarzutów nie wymagała posiadania wiadomości specjalnych. Ponadto Izba zwróciła uwagę na treść tezy dowodowej, która stanowiła *de facto* próbę doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia o wskazanie konkretnej ilości niezbędnych badań terenowych, w tym wierceń oraz sondowań (z ustalaniem ich ilości oraz mb) oraz rodzaju i ilości niezbędnych badań laboratoryjnych. Stąd też przedmiotowy wniosek dowodowy należało potraktować co najwyżej jako pośredni argument dla niejednoznaczności treści opisu przedmiotu zamówienia w zakresie objętym tezą dowodową. Stąd też przeprowadzenie tego dowodu zgodnie z żądaniem odwołującego nie doprowadziłoby do ustalenia stanu faktycznego przedmiotowej sprawy, a mogłoby doprowadzić do zmiany postanowień SWZ w stosunku do jego pierwotnego brzmienia.

Izba ustaliła co następuje

Opis przedmiotu zamówienia został zawarty w tomie III SWZ. Pkt 4.9.3 dotyczył opracowania dokumentacji geotechnicznej, dokumentacji geologiczno-inżynierskiej i dokumentacji hydrogeologicznej. Wyciąg ze Wstępnego Studium Planistyczno-Prognostycznego stanowił załącznik nr 2 do tomu III SWZ.

W dniu 21 lipca 2023 r. zamawiający wezwał przystępującego do wyjaśnień

w zakresie sposobu wyliczenia ceny jego oferty. Podstawą faktyczną wezwania był art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 Pzp.

W treści wezwania zamawiający wskazał m. im.:

*Cena całkowita oferty Wykonawcy jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10) Ustawy, wobec powyższego Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień, w szczególności w zakresie:*

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez Wykonawcę;

4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r.

o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

6) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający zaznacza, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie mogą być ogólnikowe i powinny w sposób szczegółowy odnosić się do treści wezwania, zawierać konkretne założenia, szczegółowe kalkulacje oraz powinny wykazywać, że zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem zamówienia.

Zamawiający informuje, że zgodnie z art. 224 ust. 6 Ustawy, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Przystępujący złożył wyjaśnienia w odpowiedzi na powyższe wezwanie w dniu 2 sierpnia 2023 r. zastrzegając jednocześnie treść tych wyjaśnień w całości jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 12 września 2023 r. zamawiający rozstrzygnął postępowanie przez wybór najkorzystniejszej oferty. Jako najkorzystniejsza została uznana oferta przystępującego.

W dniu 13 września 2023 r. Odwołujący wystąpił do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie ofert pozostałych wykonawców złożonych w postępowaniu wraz z korespondencją.

W dniu 14 września 2023 r. zamawiający udostępnił odwołującemu oferty pozostałych wykonawców oraz korespondencję z przystępującym, ale bez wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny.

W dniu 19 września 2023 r., zamawiający udostępnił odwołującemu odtajnioną treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny przystępującego.

Odwołujący w dniu 22 września 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając zamawiającemu ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem.

Wyrokiem z dnia 9 października 2023 r. o sygn. akt KIO 2803/23 Izba uwzględniła odwołanie, nakazując zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Izba uwzględniła zarzut podstawowy dotyczący nieprawidłowego udostępnienia odwołującemu dokumentów przystępującego, natomiast nie rozpoznała zarzutu ewentualnego dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty przystępującego ze względu na to, że oferta zawierała rażąco niską cenę.

Zamawiający dnia 16 października 2023 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty.

Pismem z dnia 19 października 2023 r. zamawiający wezwał przystępującego do dalszych wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. W treści wezwania zamawiający wskazał m. in.:

*Wykonawca w dniu 02.08.2023 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty przedstawił, że prace z zakresu analiz technicznych i opracowania dokumentacji projektowych, prac geologicznych*

*i geotechnicznych, prac geodezyjnych, prac środowiskowych, wykonania operatów szacunkowych oraz certyfikacji, zostaną wykonane przez Podwykonawców. Oferty podwykonawcze przedstawione zostały przez Wykonawcę jedynie ze wskazaniem na oferowany przez Podwykonawcę zakres usług, bez szczegółowej kalkulacji kosztów.*

*W związku z tym Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia dalszych wyjaśnień, w tym uszczegółowienia zakresu ofert podwykonawczych poprzez wskazanie poszczególnych czynności zadeklarowanych do wykonania (zawartych w cenie oferty) w odniesieniu do:*

*1) geologii i geotechniki zgodnie z założeniami OPZ i zapisami instrukcji Igo-1 z podziałem na asortymenty badań w podziale na badania terenowe, laboratoryjne i geofizyczne;*

*2) geodezyjnej dokumentacji dla celów projektowych realizowanej zgodnie z założeniami OPZ oraz w oparciu o obowiązujące państwowe przepisy Prawa oraz Standardy Techniczne GK-1 a także wyceny przygotowania wymaganych OPZ opracowań / dokumentacji koniecznych do uzyskania decyzji o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej (np. projektów podziału nieruchomości);*

*3) analiz i dokumentacji w zakresie ochrony środowiska, wynikających z zapisów OPZ*

*(w tym przygotowania wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, opracowania Karty Informacyjnej Przedsięwzięcia, opracowania Raportu Oddziaływania na Środowisko, opracowania operatów wodnoprawnych).*

Przystępujący w terminie wyznaczonym przez zamawiającego tj. 25 października 2023 r. złożył kolejne wyjaśnienia wraz z załącznikami.

W dniu 30 października 2023 r. zamawiający dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, po raz kolejny wybierając ofertę przystępującego.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do*

przedmiotu zamówienia;

- art. 224 ust. 6 Pzp – *Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.*;

- art. 16 pkt 1 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Jak słusznie zauważył podczas rozprawy przystępujący rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy sprowadzało się do trzech kwestii:

- po pierwsze do oceny prawidłowości pierwszych wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz tego czy odpowiadały one treści wezwania;

- po drugie do odpowiedzi na pytanie czy okoliczności sprawy uprawniały zamawiającego do kolejnego wezwania przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny;

- po trzecie do oceny drugich wyjaśnień złożonych przez przystępującego przede wszystkim w zakresie ceny prac geologicznych i geotechnicznych.

W pierwszej kolejności skład orzekający skupił się treści pierwszego wezwania z dnia 21 lipca 2023 r. skierowanego do przystępującego. Izba doszła do przekonania, że przedmiotowe wezwanie należało uznać za ogólnikowe. Ustalenie tej okoliczności miało swoje konsekwencje, ponieważ zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby ogólnikowe wezwanie czy też wezwanie sporządzone na dużym poziomie ogólności, należy traktować jako przyznanie szerokiego zakresu swobody wzywaniemu wykonawcy w przedstawianiu wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Oczywiście nie oznacza to, że wykonawca może złożyć jakiegokolwiek wyjaśnienia, które następnie mają zostać bezrefleksyjnie zakwalifikowane jako wystarczające, ponieważ swobodę o której mowa powyżej należy interpretować jako możliwość zastosowania przez wykonawcę takiego sposobu argumentacji, który w jego ocenie w danej sytuacji jest wystarczający zarówno co do poziomu szczegółowości jak

i środków dowodowych. Tak sporządzone wyjaśnienia powinny być przedmiotem oceny przez zamawiającego w zakresie wyznaczonym w wezwaniu. Co prawda odwołujący podkreślał, że wezwania nie można było uznać za ogólne, ponieważ zawierało fragment wskazujący, że *złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie mogą być ogólnikowe i powinny w sposób szczegółowy odnosić się do treści wezwania, zawierać konkretne założenia, szczegółowe kalkulacje oraz powinny wykazywać, że zaoferowana cena rzeczywiście uwzględni wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem zamówienia*. W ocenie składu orzekającego zacytowany powyżej fragment wezwania nie uzasadniał twierdzenia

o jego szczegółowości. W tym kontekście należało całościowo spojrzeć na treść wezwania. Wezwanie co do *meritum* ograniczało się w zasadzie do trzech elementów: przytoczenia treści art. 224 ust. 3 pkt 1, 2, 3, 4, 6 i 8 Pzp, zacytowanego powyżej fragmentu oraz informacji o konsekwencjach wynikających z art. 224 ust. 6 Pzp. Tym samym analizując całościowo przedmiotowe wezwanie skład orzekający uznał, że w żaden sposób nie można było uznać tego wezwania za szczegółowe. Zamawiający nie wymagał wyjaśnienia konkretnych elementów budzących jego wątpliwości czy też nie sformułował pytań dotyczących ceny w odniesieniu do konkretnych pozycji mogących wynikać z SWZ. Przytoczony powyżej fragment, mimo tego, że zawierał określenia odnoszące się do szczegółowości dowodów i kalkulacji czy też konkretnych założeń, nie opisywał ani nie precyzował poziomu tej szczegółowości czy też konkretności. Ponadto sformułowanie zawierające zwrot odnoszący się do szczegółowości, bez podania zakresu czy też sprecyzowanego opisu przedmiotu wyjaśnień jest *de facto* sformulowaniem ogólnikowym. Każdy inaczej może rozumieć zwrot „szczegółowa kalkulacja” lub „konkretne założenia”, jeśli zwrot ten nie zostanie opatrzony dokładnym opisem. Taka sytuacja wystąpiła

w przedmiotowej sprawie, przez co przystępujący miał dużą swobodę w prezentowaniu wyjaśnień i mógł zaprezentować dowody, kalkulacje lub założenia w stopniu, który uznał za wystarczający.

Kolejna kwestia związana była z oceną wyjaśnień przystępującego z dnia 2 sierpnia 2023 r., które zostały złożone w odpowiedzi na pierwsze wezwanie. Na wstępie Izba ustaliła, że przystępujący w odpowiedzi na pierwsze wezwanie przedłożył:

1) rozbudowane wyjaśnienia w części opisowej, które zawierały m.in.:

a) wycenę z podziałem na:

- koszty stałe z podziałem na: wynagrodzenie podwykonawców, koszt polisy OC, koszt uzyskania gwarancji należytego

wykonania umowy, koszty biura;

- koszty wynagrodzeń;

- rezerwę;

- zysk;

b) koszty wynagrodzenia podwykonawców;

c) zestawienie zaangażowania Personelu Wykonawcy z uwzględnieniem pracochłonności i wynagrodzenia oraz zaangażowania Personelu Podwykonawcy zarówno w ramach Fazy I jak i Fazy II;

d) zestawienie kosztów wynagrodzenia Personelu Konsorcjum;

2) dowody:

a) zestawienie wycień;

c) oferty podwykonawców, w tym oferty:

- Inż.-Geo Badania i Roboty Geotechniczne Sp. z o.o. Sp. k.;

- Geo-Survey usługi geodezyjno-projektowe mgr. inż. T.K.;

- D.M. Pracownia Analiz Środowiskowych ASANGA;

c) umowę o pracę Asystentki biura;

d) list intencyjny Koordynatora Projektu / Głównego Projektanta;

e) oświadczenia personelu potwierdzające gotowość do realizacji przedmiotowego projektu za wynagrodzenie wskazane w wyjaśnieniach.

Odnosząc złożone wyjaśnienia z dnia 2 sierpnia 2023 r. do wezwania z dnia 21 lipca 2023 Izba nie miała wątpliwości, że wyjaśnienia były adekwatne i wystarczające w stosunku do treści wezwania. Ponadto wyjaśnienia w powyżej opisanym kształcie nie wzbudzały wątpliwości zamawiającego, co doprowadziło do pierwotnego wyboru oferty przystępującego, co zakwestionował odwołujący przez wniesienie odwołania, które doprowadziło do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Po unieważnieniu czynności oferty najkorzystniejszej oferta przystępującego ponownie podlegała badaniu i ocenie. W ramach tego powtórnego badania zamawiający zdecydował się na wezwanie przystępującego do złożenia dalszych wyjaśnień, pismem z dnia 19 października 2023 r.

Jak słusznie zauważył przystępujący żaden przepis Pzp po dokonaniu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, zarówno z uwagi na orzeczenie Izby jak i na autonomiczne działanie zamawiającego, nie wprowadza zakazu, który uniemożliwiałby dopytanie o kwestie, które pojawiły się chociażby na etapie wcześniej prowadzonego postępowania odwoławczego. Nie ma podstaw, aby zamawiającego pozbawiać możliwości pogłębionej lub dodatkowej refleksji, która może przyczynić się także do wyjaśnienia wątpliwości, które wybrzmiały w ramach wcześniej toczącego się postępowania odwoławczego. Ponadto generalnym ograniczeniem dla kolejnych wezwań wykonawcy do wyjaśnień ceny oferty jest sytuacja, gdy uprzednio złożone przez wykonawcę wyjaśnienia były ogólnikowe, lakoniczne, nie odpowiadały treści wezwania, a wezwany wykonawca nie podjął nawet próby udowodnienia, że skalkulowana przez niego cena była ceną realną oraz rynkową i gwarantowała prawidłową realizację przedmiotu zamówienia. Innymi słowy, w sytuacji gdy wykonawca nie dołoży należytej staranności przy składaniu wyjaśnień poziomu ceny oraz nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie wysokości ceny, to zamawiający nie ma obowiązku ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień

w tym zakresie.

Izba stwierdziła, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy zamawiający miał uprawnienie, na podstawie z art. 224 Pzp, do ponownego wzywania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Co istotne drugie wezwanie tj. z dnia 19 października 2023 r. dotyczyło złożenia dalszych wyjaśnień w odniesieniu do ofert trzech podwykonawców, w zakresie prac dotyczącym geologii i geotechniki, dokumentacji geodezyjnej oraz analiz i dokumentacji w zakresie ochrony środowiska. Dalsze wyjaśnienia miały w szczególności służyć uszczegółowieniu zakresu ofert podwykonawczych przez wskazanie poszczególnych czynności zadeklarowanych do wykonania.

W odpowiedzi na drugie wezwanie przystępujący złożył wyjaśnienia pismem z dnia 25 października 2023 r. W tych wyjaśnieniach przystępujący przedstawił m. in. tabelaryczne zestawienie uszczegółowienia ofert podwykonawców (Tabela 1 *Zestawienie uszczegółowienia ofert Podwykonawców*) wskazując przyjęte założenia do wykonania zleconych prac, co stanowiło doprecyzowanie Tabeli 5 *Zakres prac wykonywanych przez Podwykonawców* wskazanej w pierwszych wyjaśnieniach z dnia 2 sierpnia 2023 r. (str. 16-18 tych wyjaśnień). Natomiast Tabela 2 *Zestawienie zaangażowania Personelu Podwykonawców* wskazana w drugich wyjaśnieniach stanowiła uszczegółowienie Tabeli 6 *Zestawienie personelu Podwykonawców* która także została przedstawiona w pierwszych wyjaśnieniach (str. 19). W związku z powyższym, w ocenie składu orzekającego, nie można było uznać, że w drugich wyjaśnieniach (z dnia 25 października 2023 r.) pojawiło się szereg nowych okoliczności i danych służących wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny oferty przystępującego.

Tym samym Izba stwierdziła, że drugie wyjaśnienia nie stanowiły uzupełnienia treści pierwotnych wyjaśnień, a jedynie doprecyzowanie wcześniej wskazanych kwestii oraz oba wyjaśnienia były ze sobą spójne.

Ostatnią kwestią podlegającą rozpoznaniu była ocena drugich wyjaśnień złożonych przez przystępującego tj. wyjaśnień z 25 października 2023 r. Argumentacja odwołującego

w tej materii sprowadzała się do dwóch kwestii: braku wystarczającego wyjaśnienia kosztów prac z zakresu geologii i geotechniki oraz braku wezwania przystępującego do dodatkowych wyjaśnień w zakresie właściwej wyceny prac podwykonawcy YLE.

W części dotyczącej zaniżenia kosztów geologii i geotechniki odwołujący odniósł się do przewidzianej przez przystępującego ilości wierceń i sondowań (ok. 2.000 mb) oraz ilości badań laboratoryjnych wskazując, że pierwsza wartość jest zaniżona co najmniej 2,5 krotnie

i to przy założeniu minimalnych założeń, natomiast ilość badań laboratoryjnych miała być również zaniżona kilkukrotnie.

Jak ustalił skład orzekający odwołujący w swoich założeniach przyjął praktycznie na całym odcinku planowanej do realizacji nowej jednotorowej linii kolejowej skomplikowane warunki geotechniczne, w których stopień złożoności, ilość oraz rodzaj badań miał być znacząco wyższy w odniesieniu do złożonych czy prostych warunkach geotechnicznych. W tym kontekście Izba stwierdziła, że postanowienia opisu przedmiotu zamówienia nie nakładały na wykonawców wymogu uwzględnienia w cenie oferty stosowania warunków skomplikowanych. Zamawiający nie formułował wprost takiego wymogu, ani też nie udostępnił dokumentów, które w sposób wiążący wskazywałyby na występowanie takich warunków. Innymi słowy zamawiający w postępowaniu nie narzucił z góry na wykonawców przyjęcia w sposób jednoznaczny konieczności określenia konkretnych warunków geologicznych do wyceny. Wykonawcy mieli w tym zakresie możliwość przygotowania założeń do badań geologicznych i geotechnicznych w oparciu o własne doświadczenie oraz znajomość terenu, na którym ma być zaprojektowana linia przy uwzględnieniu obowiązujących przepisów i OPZ.

W ocenie składu orzekającego z wymagań ogólnych określonych dla pkt 4.3.9 tomu III SWZ wynikało, że zamawiający wprost wymagał na etapie wykonawczym ustalenia warunków terenu objętego pracami projektowymi, a nie dokonywania założeń wyłączenie w oparciu

o udostępnioną dokumentację. Co więcej wskazany punkt referował do tego co ma zostać wycenione w cenie ofertowej tj. zgodnie z pkt 4.3.9 ppkt 3, akapit czwarty: *Wszelkie koszty badań, w tym koszt zamknięć torowych, pracy sygnalisty oraz ewentualnego wynajęcia drezyny Wykonawca uwzględni w cenie ofertowej*, a także z pkt. 4.3.9. ppkt 6, akapit pierwszy: *Na etapie projektowania badań geotechnicznych Wykonawca powinien przeanalizować wszystkie dostępne materiały archiwalne (np. w Centralnej Bazie Danych Geologicznych) w zakresie umożliwiającym m.in. określenie stopnia skomplikowania warunków gruntowych, określenia niekorzystnych zjawisk geologicznych, terenów podmokłych, itp.* Z powyższych ustaleń wynikało, że zamawiający w tomie III SWZ nie zdefiniował specyficznych warunków gruntowych jakie wykonawca miał założyć. Co więcej ze wskazanych wymogów wynikało wprost, że określenie stopnia skomplikowania warunków gruntowych ma nastąpić na etapie projektowania badań, a nie np. na podstawie wizji lokalnej przed sporządzeniem oferty, czy załącznika nr 2 do tomu III SWZ tj.: *Wstępnego Studium Planistyczno-Prognostycznego (zwany dalej jako: „WSPP”), który nie został nawet załączony w całości (jako załącznik do tomu III SWZ został przedstawiony wyciąg z tego dokumentu).* Stąd też Izba przyjęła, że zamawiający odwoływał się do WSPP jako materiału archiwalnego, który miał być materiałem pomocniczym dla wykonawcy na etapie projektowania, a nie podstawą do wyliczenia ceny oferty.

Ponadto nawet uznając, że powyżej przedstawiona interpretacja postanowień wynikających z WSPP była błędna to można było co najwyżej stwierdzić, że dokumentacja postępowania w zakresie ustalenia warunków geotechnicznych była po prostu niejednoznaczna. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą, wszelkie niejednoznaczności postanowień SWZ należy interpretować na korzyść wykonawcy, czyli w tym przypadku na korzyść przystępującego. Tym samym każdy wykonawca w tym postępowaniu, wobec braku jednoznacznych postanowień opisu przedmiotu zamówienia, mógł przyjąć w tym zakresie własne założenia.

Pozostała część argumentacji odwołującego miała na celu wykazanie zaniżenia kosztów przez przystępującego, jednakże opierała się ona wyłącznie na indywidualnych założeniach samego odwołującego. Jak ustalono powyżej dokumentacja postępowania nie nakładała na wykonawców obowiązku przyjęcia określonych założeń warunków geotechnicznych

w swoich kalkulacjach. Poza tym każdy wykonawca składając ofertę dokonuje własnych założeń w oparciu o dokumentację postępowania i na jej podstawie szacuje potencjalne ryzyka. Argumentacja podnoszona przez odwołującego, skłaniała tym samym do stwierdzenia, że dokonał on innych założeń dla swojej kalkulacji niż przystępujący, przy czym założenia poczynione przez przystępującego miały swoje potwierdzenia

w postanowieniach SWZ. Jak słusznie zwrócił uwagę przystępujący, odwołujący nie zarzucał ofercie przystępującego niezgodności z warunkami zamówienia, a zamiast tego próbował przeforsować swoją interpretację postanowień specyfikacji, tak aby podważyć kalkulacje przystępującego.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że przystępujący miał prawo do dokonania własnej kalkulacji w oparciu o inną, dozwoloną interpretację postanowień SWZ,

a jednocześnie z wezwań do wyjaśnień nie wynikała konieczność przedstawiania przez przystępującego założeń o charakterze technicznym czy też wykonawczym. Tym samym argumentacja odwołującego nie mogła prowadzić do uwzględnienia odwołania.

Odnosząc się do kwestii braku wyjaśnienia kosztów prac przypisanych do podwykonawcy YLE, Izba uznała, że przystępujący w sposób wystarczający wyjaśnił cenę zaoferowaną przez podwykonawcę YLE. W pierwszych wyjaśnieniach została przedstawiona całościowa oferta tego podwykonawcy, z uwzględnieniem również podziału na fazę I – zakres podstawowy (opracowanie dokumentacji projektowej) oraz fazę II – prawo opcji (pełnienie nadzoru autorskiego). Przedstawiona oferta zawierała wystarczająco szczegółowy zakres prac i usług, z opisem dla jakiej branży będą realizowane analizy i dokumentacje projektowe, z wyszczególnieniem kolejnych etapów prac projektowych (koncepcja programowo-przestrzenna, projekt budowlany, projekt wykonawczy, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych), z uwzględnieniem konieczności dokonania uzgodnień tej dokumentacji i procedowania poszczególnych decyzji admiracyjnych. Jak słusznie wyjaśnił zamawiający powyższe umożliwiło mu ocenę czy oferta podwykonawcy YLE jest kompletna pod względem wymagań określonych w SWZ, co tym samym pozwoliło zamawiającemu na uznanie, że złożone wyjaśnienia w tym zakresie były zadowalające. Wobec powyższego, zamawiający nie miał obowiązku zwracać się do przystępującego

o dokonanie dalszych wyjaśnień w zakresie oferty podwykonawcy YLE, a tym samym zarzut odwołującego w zakresie braku wyjaśnienia ceny oferty podwykonawcy YLE również nie zasługiwał na uwzględnienie.

Argumentacji odwołującego nie potwierdziły również złożone przez niego dowody. Dowody stanowiące załączniki nr 5-8 do odwołania dotyczyły postępowania pn.: *Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn.: "Budowa nowej linii kolejowej Turek - Konin" realizowanego w ramach Programu Uzupelnienia Lokalnej i Regionalnej Infrastruktury Kolejowej - Kolej+ do 2029 roku* Odnośnie tej grupy dowodów Izba ustaliła, że odwołujący nie załączył wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, jakie zostało skierowane do wykonawcy Infra. Przy czym wezwanie to zostało złożone przez przystępującego, jako załącznik do pisma procesowego. Dopiero zestawienie wezwania (dowodu złożonego przez przystępującego) z dowodami złożonymi przez odwołującego (uzasadnienia odrzucenia oferty, odwołania od tej czynności, odpowiedzi na odwołanie oraz wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 2129/23), pozwoliło Izbie ustalić, że okoliczności dotyczące tamtego postępowania były inne do tych, które miały miejsce w tym postępowaniu. Po pierwsze w odróżnieniu od tego postępowania w postępowaniu, którego dotyczyło orzeczenie o sygn. akt KIO 2129/23, wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie miało charakteru ogólnikowego. Wezwanie w tamtej sprawie zostało sformułowane w sposób szczegółowy, co zasadniczo wpływało na konstrukcję wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Po drugie Izba w wyroku z dnia

7 sierpnia 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2129/23 wskazała, że *Wyjaśnienia wykonawcy miały rozwiązać wątpliwości Zamawiającego, a więc odnieść się do każdej kwestii wyrażonej wyraźnie w wezwaniu. W sytuacji, gdy wezwanie wymieniało konkretnie i jasno poszczególne aspekty kalkulacji ceny wymagające wyjaśnienia, wykonawca zobligowany był odnieść się do każdego punktu wezwania. Złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie zawierają jednak informacji, których oczekiwał Zamawiający i na które wskazał w treści wezwania. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, Odwołujący nie odniósł się do kosztów, na które zwracał uwagę Zamawiający - do pkt. 6) przepisu art. 224 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który w wezwaniu skierowanym przez Zamawiającego do Odwołującego został wyszczególniony jako istotny element oceny oferty Wykonawcy*

*w zakresie rażąco niskiej ceny.* Tym samym odwołujący niezasadnie próbował porównać ze sobą sytuację, w której przystępujący (jako odwołujący w sprawie KIO 2129/23) nie odniósł się do elementu, który został wskazany wprost w wezwaniu, do którego nie referowały także oferty podwykonawcze z sytuacją, w której przystępujący odniósł się do wszystkich elementów wezwania. To oznaczało, że stan faktyczny, nie był, wbrew twierdzeniom odwołującego, analogiczny w obu postępowaniach, przez co załączniki nr 5-8 do odwołania okazały się nieprzekonujące.

Dowód stanowiący załącznik nr 9 do odwołania dotyczył postępowania pn. *Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla projektu pn. „Rewitalizacja kolejowego ciągu komunikacyjnego na liniach kolejowych nr 390/236 Czarnków – Rogoźno – Wągrowiec” realizowanego w ramach Programu Uzupelnienia Lokalnej i Regionalnej Infrastruktury Kolejowej – Kolej + do 2029 roku.* Dowód ten obejmował uzasadnienie odrzucenia oferty Infra w tamtym postępowaniu. Izba uznała przedmiotowy dowód za nieprzydatny. Co istotne odwołujący nie załączył wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, które zostało skierowane do wykonawcy Infra w tamtym postępowaniu. Przez to nie można było stwierdzić czy w tamtym postępowaniu miała miejsce analogiczna sytuacja jak w przedmiotowym postępowaniu, tj. czy wezwanie było ogólnikowe czy nie. Po drugie odwołujący wskazał, że przywołał ten dowód na fakt potwierdzenia odrzucenia oferty Infra ze względu na to, że z przedłożonych ofert podwykonawców i wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie wynikała szczegółowa kalkulacja czynników cenotwórczych i założeń, jakie miały

wpływ na szacowanie ceny dla personelu, który będzie zapewniony przez podwykonawców. Ponadto z treści uzasadnienia odrzucenia w tamtym postępowaniu wynikało, że wykonawca w ogóle nie odniósł się do okoliczności wynikającej

z art. 224 ust. 3 pkt 6 Pzp oraz w zakresie okoliczności związanej z treścią art. 224 ust. 3 pkt 4 Pzp wykonawca w ramach wyjaśnień miał odnieść się tylko do czterech koordynatorów

(z całego wymaganego w OPZ personelu). W przedmiotowym postępowaniu przystępujący wyjaśnił kwestię personelu podwykonawców w pierwszych wyjaśnieniach, które następnie zostały uszczegółowione w drugich wyjaśnieniach. Izba nie dopatrzyła się naruszenia

w kontekście postawionych zarzutów, zatem przedmiotowy dowód nie mógł przesądzić o zasadności argumentacji odwołującego.

Ostatnia grupa dowodów, złożonych przez odwołującego na posiedzeniu niejawnym, dotyczyła postępowania na *Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn.: Budowa połączenia kolejowego Kraków – Myślenice* realizowanego w ramach Programu *Uzupełniania Lokalnej i Regionalnej Infrastruktury Kolejowej – Kolej + do 2029 roku*. Dowody te okazały się nieprzydatne ponieważ stan faktyczny tamtej sprawy był odmienny od stanu faktycznego dotyczącego tego postępowania. Różnica ta przejawiała się w tym, że zamawiający w postępowaniu na dokumentację projektową dotyczącą budowy „Połączenia kolejowego Kraków – Myślenice” wprost wymagał przyjęcia do kalkulacji oferty w zakresie geologii i geotechniki skomplikowanych warunków gruntowych, natomiast w przypadku przedmiotowego postępowania takiego wymogu zamawiający nie zastosował. Tym samym zamawiający

w tamtym postępowaniu (Kraków-Myślenice) z góry narzucił na wykonawców przyjęcie

w sposób jednoznaczny konieczności określenia konkretnych warunków geologicznych do wyceny, czego nie uczynił w tym postępowaniu. Powyżej wskazana okoliczność spowodowała, że przedmiotowe dowody okazały się niewystarczające.

Ponadto Izba pominęła argumentację odwołującego referującą do narzędzia w postaci Szczegółowej Mapy Geologicznej Polski. Odwołujący podczas rozprawy na urządzeniu typu laptop prezentował mapę obejmującą rejon realizacji inwestycji. Skład orzekający uznał, że oparcie się o tą argumentację nie mogło potwierdzić podniesionego zarzutu. Po pierwsze zamawiający nie oparł się na tej mapie konstruując postanowienia SWZ i nie wymienił jej

w treści OPZ. Po drugie mapa ta prezentowała dość ogólne informacje, przez co można było mieć wątpliwości co do miarodajności tego narzędzia. W ocenie składu orzekającego narzędzie to można było wykorzystać co najwyżej pomocniczo przy sporządzeniu oferty, natomiast nie mogło ono stanowić potwierdzenia słuszności zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez przystępującego, które zostały załączone do pisma procesowego. Dowody te potwierdzały, że zamawiający stosuje różną praktykę

w kwestii poziomu szczegółowości wezwań dotyczących rażąco niskiej ceny

w prowadzonych przez siebie postępowaniach. Ponadto Izba pominęła dowód złożony przez przystępującego na posiedzeniu niejawnym. Dokument ten pochodził od jednego

z podwykonawców, którego dotyczyło drugie wezwanie z dnia 19 października 2023 r., przez co powinien zostać złożony najpóźniej na etapie wyjaśnień przedstawionych w odpowiedzi na to wezwanie.

Reasumując Izba stwierdziła, że:

- zamawiający prawidłowo ocenił pierwsze wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez przystępującego w dniu 2 sierpnia 2023 r., a same wyjaśnienia odpowiadały treści wezwania z dnia 21 lipca 2023 r.;
- okoliczności przedmiotowej sprawy uprawniały zamawiającego do wystosowania wobec przystępującego kolejnego wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny;
- zamawiający prawidłowo ocenił drugie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez przystępującego w dniu 25 października 2023 r.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania.

Przewodniczący:.....

